

BUNDESSOZIALGERICHT



Im Namen des Volkes

Urteil

in dem Rechtsstreit

Az: 11 RAr 69/92

.....,

Kläger und Revisionskläger,

Prozeßbevollmächtigte:,

g e g e n

Bundesanstalt für Arbeit,
Nürnberg, Regensburger Straße 104,

Beklagte und Revisionsbeklagte.

Der 11. Senat des Bundessozialgerichts hat auf die mündliche Verhandlung vom 28. September 1993 durch den Vorsitzenden Richter S a t t l e r, die Richterin Dr. W e t z e l - S t e i n w e d e l und den Richter L ü d t k e sowie die ehrenamtlichen Richter R e h k o p f und H a n e l für Recht erkannt:



JLaw – Gesetze und Urteile
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
[\(mobile App\)](#)



Auf die Revision des Klägers wird das Urteil des Landessozialgerichts für das Land Nordrhein-Westfalen vom 10. Oktober 1991 aufgehoben und die Sache zur erneuten Verhandlung und Entscheidung an das Landessozialgericht zurückverwiesen.



JLaw – Gesetze und Urteile
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
[\(mobile App\)](#)



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

Gründe:

I

Der Rechtsstreit betrifft einen Anspruch auf Arbeitslosengeld vom 3. Februar bis 20. September 1988.

Der 1943 geborene Kläger war seit 1967 bei der J. V. GmbH und Co (Arbeitgeberin) - zuletzt seit 1980 als Punkt- und Buckelschweißer - beschäftigt. Seit dem 12. August 1985 bezog er mit Unterbrechungen bis zur Erschöpfung des Leistungsanspruchs innerhalb der Blockfrist am 10. November 1987 Krankengeld (12. August 1985 bis 4. Mai 1986, 1. bis 4. Juli 1986, 31. Juli bis 15. August 1986, 7. April bis 10. November 1987). Nach Beginn der zweiten Blockfrist bezog er diese Leistung ebenfalls mit Unterbrechungen bis zur Erschöpfung des Anspruchs am 5. Oktober 1990 (21. September bis 6. November 1988, 12. Dezember 1988 bis 25. Juni 1989, 10. Oktober bis 22. Dezember 1989, 16. Januar bis 8. Juni 1990 und 24. Juli bis 5. Oktober 1990).

Am 3. Februar 1988 meldete sich der Kläger arbeitslos und beantragte die Bewilligung von Arbeitslosengeld (Alg). Dabei gab er an, arbeitsunfähig erkrankt zu sein und Rente beantragt zu haben. Der Rentenanspruch blieb erfolglos, weil sich nach umfangreichen medizinischen Ermittlungen der Eintritt von Erwerbs- oder Berufsunfähigkeit nicht feststellen ließ. Nach der Beurteilung des ärztlichen Dienstes der beklagten Bundesanstalt für Arbeit (BA) stand der Kläger gesundheitlich der Arbeitsvermittlung vollschichtig für leichte Arbeiten in Tagesschicht zur Verfügung.

Auf Anfrage der BA teilte die Arbeitgeberin am 22. April 1988 mit, einer einvernehmlichen Beendigung des Arbeitsverhältnisses aus gesundheitlichen Gründen habe der Kläger nicht zugestimmt. Wegen des Fortbestehens des Arbeitsverhältnisses könne sie auf ihr Weisungsrecht als Arbeitgeberin nicht verzichten. Versuche, den Kläger mit anderen Arbeiten zu beschäftigen, führten nicht zu einer dauerhaften betrieblichen Eingliederung. Die Arbeitgeberin kündigte das Arbeitsverhältnis fristgemäß zum 31. März 1991. Gegen die Kündigung und die Zustimmung der Hauptfürsorgestelle hat der Kläger Klage erhoben. Auf eine gerichtliche Anfrage verzichtete die Arbeitgeberin am 19. Februar 1991 - auch für die Vergangenheit - auf ihre Verfügungsbefugnis. Nach einem erneuten Antrag des Klägers bewilligte die BA ihm mit Bescheid vom 8. April 1991 Alg.

Den Antrag auf Bewilligung von Alg vom 3. Februar 1988 lehnte die BA ab, weil der Kläger nicht arbeitslos sei. Die Arbeitgeberin habe an ihrem Verfügungsrecht festgehalten, so daß das Beschäftigungsverhältnis fortbestehe. Die dagegen gerichtete Klage und Berufung sind erfolglos geblieben (Urteil des Sozialgerichts <SG> vom



17. August 1989; Urteil des Landessozialgerichts <LSG> vom 10. Oktober 1991). Das LSG hat ausgeführt, dem Kläger stehe Alg nicht zu, weil er nicht arbeitslos gewesen sei. Das Beschäftigungsverhältnis mit der Arbeitgeberin habe fortbestanden. Maßgebend seien dafür allein die tatsächlichen Verhältnisse. Dabei beruhe ein Beschäftigungsverhältnis auf der Dienstbereitschaft des Arbeitnehmers, die der Kläger durch seine Arbeitsversuche bestätigt habe, und der Verfügungsbefugnis und dem Verfügungswillen der Arbeitgeberin, die in dem Angebot an den Kläger zur Vertragsaufhebung, in der innerbetrieblichen Umsetzung sowie der Erklärung vom 22. April 1988 zum Ausdruck gekommen seien. Der nachträgliche Verzicht auf die Verfügungsbefugnis führe nicht zu einer abweichenden Beurteilung der Verhältnisse.

Der Kläger hat die vom Senat zugelassene Revision eingelegt. Er rügt die Verletzung der §§ 100, 101 Abs 1 Arbeitsförderungsgesetz (AFG). In der Rechtsprechung des Bundessozialgerichts (BSG) sei geklärt, daß das Beschäftigungsverhältnis des § 101 Abs 1 Satz 1 AFG nicht mit dem Arbeitsverhältnis gleichzusetzen sei. Ein Beschäftigungsverhältnis bestehe nicht mehr, wenn der Arbeitnehmer wegen verminderter Leistungsfähigkeit beim bisherigen Arbeitgeber tatsächlich nicht mehr einsetzbar sei. Der Arbeitnehmer sei dann unfähig, die vertraglich geschuldete Arbeitsleistung zu erbringen, und der Arbeitgeber sei nicht mehr zur Zahlung von Arbeitsentgelt verpflichtet. Unter diesen Umständen sei für die Ausübung des Direktionsrechts des Arbeitgebers kein Raum mehr. Dieses beziehe sich ausschließlich auf die Art der Arbeitsleistung und das Verhalten des Arbeitnehmers im Betrieb. Mit dem Wegfall der arbeitsvertraglich geschuldeten Leistung des Arbeitnehmers entfalle auch die Voraussetzung für die Ausübung des Direktionsrechts des Arbeitgebers. Der Verzicht auf das Direktionsrecht durch Willenserklärung sei für das Bestehen eines Beschäftigungsverhältnisses unter solchen Umständen unerheblich. Entsprechendes gelte für den Willen des Arbeitnehmers, die Beschäftigung fortzusetzen.

Der Kläger beantragt,

das Urteil des Landessozialgerichts für das Land Nordrhein-Westfalen vom 10. Oktober 1991 und das Urteil des Sozialgerichts Köln vom 17. August 1989 aufzuheben und die Beklagte unter Abänderung des Bescheids vom 16. August 1988 in der Fassung des Widerspruchsbescheids vom 15. September 1988 zu verurteilen, dem Kläger für die Zeit vom 3. Februar 1988 bis zum 20. September 1988 Arbeitslosengeld zu gewähren.

Die Beklagte beantragt,

die Revision zurückzuweisen.

Sie hält das Urteil des LSG für zutreffend. Weder habe die Arbeitgeberin zu erkennen gegeben, daß sie den Kläger nicht mehr beschäftigen wolle, noch habe der Kläger erklärt,



er erkenne die Verfügungsgewalt seiner Arbeitgeberin nicht mehr an. Solange Arbeitgeber und Arbeitnehmer an dem Beschäftigungsverhältnis festhielten, könne die tatsächliche Leistungsfähigkeit des Arbeitnehmers nicht Merkmal für die Beendigung des Beschäftigungsverhältnisses sein. Eine abweichende Beurteilung sei allenfalls dann möglich, wenn der Rentenversicherungsträger eine nicht nur vorübergehende Minderung der Leistungsfähigkeit feststelle.

II

Die Revision des Klägers ist im Sinne der Aufhebung und Zurückverweisung begründet. Die Entscheidung des LSG verletzt §§ 100 Abs 1, 101 Abs 1 Satz 1 AFG, denn sie verkennt das Tatbestandsmerkmal "Beschäftigungsverhältnis" iS des § 101 Abs 1 Satz 1 AFG. Die tatsächlichen Feststellungen des LSG reichen zu einer abschließenden Entscheidung des BSG nicht aus (§ 170 Abs 2 Satz 2 Sozialgerichtsgesetz <SGG>).

Anspruch auf Alg hat nach § 100 Abs 1 AFG, wer arbeitslos ist, der Arbeitsvermittlung zur Verfügung steht, die Anwartschaftszeit erfüllt, sich beim Arbeitsamt arbeitslos gemeldet und Alg beantragt hat. Arbeitslos im Sinne des Gesetzes ist ein Arbeitnehmer, der vorübergehend nicht in einem Beschäftigungsverhältnis steht oder nur eine kurzzeitige Beschäftigung ausübt (§ 101 Abs 1 Satz 1 AFG). Die Merkmale eines Beschäftigungsverhältnisses, die nicht nur für den Bereich des Leistungsrechts des AFG, sondern auch für das Beitragsrecht der Sozial- und Arbeitslosenversicherung erheblich sind, sind gesetzlich nicht näher festgelegt. Allgemein anerkannt ist jedoch, daß das Bestehen eines Arbeitsverhältnisses die Unterbrechung oder Beendigung eines Beschäftigungsverhältnisses iS des § 101 Abs 1 Satz 1 nicht ausschließt (BSG Urteil vom 9. September 1993 - 7 RAr 96/92 - zur Veröffentlichung vorgesehen). Der Gesetzgeber hat an diese Unterscheidung in § 117 Abs 1 und 4 Satz 1 AFG angeknüpft. Versuche im Schrifttum, Arbeitsverhältnis und Beschäftigungsverhältnis einer einheitlichen Begriffsbildung zuzuführen (dazu: Schneider-Danwitz, in: Entwicklung des Sozialrechts Aufgabe der Rechtsprechung - Festgabe aus Anlaß des 100-jährigen Bestehens der sozialgerichtlichen Rechtsprechung, 1984, 541, 546 ff), sind damit für das Leistungsrecht der Arbeitslosenversicherung positivrechtliche Grenzen gesetzt. Schon die Rechtsprechung des Reichsversicherungsamts hat für den Begriff des Beschäftigungsverhältnisses die tatsächlichen Verhältnisse für maßgebend erachtet, um den sozialrechtlichen Schutz von Versicherten unabhängig von Inhalt und Wirksamkeit rechtsgeschäftlicher Erklärungen der Arbeitsvertragsparteien zu gewährleisten (BSGE 37, 10, 13 = SozR Nr 62 zu § 1259 RVO mwN). Die weitere Entwicklung der Rechtsprechung hat jedoch gezeigt, daß ein angemessener Sozialrechtsschutz nicht durchgehend gewährleistet ist, wenn für das Bestehen eines Beschäftigungsverhältnisses ausnahmslos an die tatsächliche Arbeitsleistung angeknüpft wird. Vorübergehende Unterbrechungen der tatsächlichen Arbeitsleistung sollen den Bestand des Beschäftigungsverhältnisses



unberührt lassen, wenn "das Arbeitsverhältnis fortbesteht und Arbeitgeber und Arbeitnehmer den Willen haben, das Beschäftigungsverhältnis fortzusetzen" (BSGE 68, 236, 240 = SozR 3-4100 § 104 Nr 6 mit Hinweis auf BSGE 37, 10, 13). Dabei hat das BSG hervorgehoben, die Merkmale des Beschäftigungsverhältnisses ließen sich nicht generalisierend oder abschließend bestimmen. Sie könnten je nach dem Zusammenhang, in den die einzelne Norm gestellt sei, unterschiedliche Bedeutung erlangen (BSG aaO). Dies bedeutet nicht die Auflösung des Tatbestandsmerkmals "Beschäftigungsverhältnis". Gefordert ist vielmehr eine "funktionsdifferente Auslegung" (Friedrich Müller, Juristische Methodik, 4. Aufl 1990, 196 ff), die den Inhalt der konkreten Rechtsnorm sachbezogen nach ihrer Stellung und Aufgabe in der Rechtsordnung bestimmt. Ausdrücklich hat das BSG zwischen einem "beitragsrechtlichen und leistungsrechtlichen Begriff des Beschäftigungsverhältnisses in der Arbeitslosenversicherung" unterschieden (BSGE 59, 183, 185 ff, 187 = SozR 4100 § 168 Nr 19 mwN). Die Merkmale des die Beitragspflicht begründenden Beschäftigungsverhältnisses sind deshalb nicht unbesehen auf das leistungsrechtliche Beschäftigungsverhältnis iS des § 101 Abs 1 Satz 1 AFG übertragbar. Die Rechtsprechung zum Beitragsrecht mißt Unterbrechungen der tatsächlichen Beschäftigung "von begrenzter Dauer" (BSGE 68, 236, 240) für den Fortbestand des Beschäftigungsverhältnisses keine Bedeutung bei, weil dem Merkmal in diesem Zusammenhang die Funktion zukommt, den Versicherungsschutz in der Sozial- und Arbeitslosenversicherung zu gewährleisten. In diesem Zusammenhang mag es regelmäßig angemessen sein, die Feststellung des Beschäftigungsverhältnisses weitgehend an den Merkmalen eines Arbeitsverhältnisses auszurichten, auch wenn die Arbeitskraft des Versicherten tatsächlich nicht in Anspruch genommen wird (vgl dazu: Gagel SGB 1981, 253 ff; 1985, 268 ff). Als Anspruchsvoraussetzung für Leistungen bei Arbeitslosigkeit hat der Begriff die Funktion, das durch Leistungen der Arbeitslosenversicherung und Arbeitslosenhilfe gedeckte Risiko zu bestimmen. Hier erscheint es grundsätzlich geboten, eine Beendigung oder Unterbrechung des Beschäftigungsverhältnisses trotz bestehenden Arbeitsverhältnisses anzunehmen, wenn Arbeitsleistung und Arbeitsentgelt tatsächlich nicht mehr erbracht werden. Während der Dauer von Arbeitsversuchen, die das LSG hinsichtlich ihres Zeitpunkts und ihrer Dauer im einzelnen nicht festgestellt hat, war der Kläger jedenfalls tatsächlich beschäftigt, so daß ihm insoweit Alg nicht zustand.

Für die Zeiten tatsächlicher Beschäftigungslosigkeit ist der übereinstimmend geäußerte Wille der Arbeitsvertragsparteien, das Beschäftigungsverhältnis fortzusetzen, rechtlich nicht generell unerheblich. Zwar sind für die Feststellung eines Beschäftigungsverhältnisses im leistungsrechtlichen Sinne des § 101 Abs 1 Satz 1 AFG die tatsächlichen Verhältnisse, nicht rechtsgeschäftliche Erklärungen der Beteiligten maßgebend; denn das Beschäftigungsverhältnis wird durch Willenserklärungen unmittelbar weder begründet noch beendet. Rechtserheblich können Erklärungen der



Beteiligten aber sein, falls sie Ausdruck des Bewußtseins faktischer Gebundenheit sind. Erklärungen des Arbeitnehmers über seine Dienstbereitschaft und des Arbeitgebers über seine Verfügungsbefugnis und seinen Verfügungswillen enthalten nur Anzeichen für subjektive Tatsachen als Merkmale des Beschäftigungsverhältnisses. Sie sind deshalb nicht isoliert von sonstigen tatsächlichen Anhaltspunkten für das Bestehen eines Beschäftigungsverhältnisses der Entscheidung zugrunde zu legen, sondern in eine Gesamtwürdigung der tatsächlichen Verhältnisse einzubeziehen (so auch Urteil des 7. Senats des BSG vom 9. September 1993 - 7 RAr 96/92 -, zur Veröffentlichung vorgesehen). Ein Verzicht des Arbeitgebers auf seine Verfügungsbefugnis beendet allerdings das Beschäftigungsverhältnis. Einer Erklärung, auf diese Position nicht verzichten zu wollen, kommt aber nur die erwähnte Indizwirkung für das Fortbestehen des Beschäftigungsverhältnisses zu. Ebenso deuten Arbeitsversuche im Rahmen einer innerbetrieblichen Umsetzung auf dessen Fortbestand über die Dauer faktischer Beschäftigungslosigkeit hinaus hin. Arbeitslosmeldung und Rentenantrag indessen sind als Gegenindikatoren in die Gesamtwürdigung einzubringen. Auch eine längere eingeschränkte gesundheitliche Leistungsfähigkeit des Arbeitnehmers und fehlende betriebliche Umsetzungsmöglichkeiten können die Feststellung nahelegen, daß das Beschäftigungsverhältnis nicht mehr besteht, weil für eine Beschäftigung des Arbeitnehmers jedes tatsächliche Substrat entfallen ist. Unter solchen Umständen kann das Beschäftigungsverhältnis trotz anderslautender Erklärungen der Beteiligten über Verfügungsrecht und Dienstbereitschaft beendet sein. Ihre Erklärungen stellen sich gegebenenfalls als leere Hülse dar, weil eine realistische Möglichkeit zur Fortsetzung des Beschäftigungsverhältnisses nicht mehr besteht.

Das LSG ist zutreffend davon ausgegangen, für die Feststellung eines Beschäftigungsverhältnisses iS des § 101 Abs 1 Satz 1 AFG komme es auf die tatsächlichen Verhältnisse an. Es hat aber den Erklärungen der Beteiligten über den Verzicht auf das Verfügungsrecht bzw dem auf die Erhaltung seines Arbeitsplatzes gerichteten Verhalten des Klägers eine Bedeutung zugemessen, die Wirkungen rechtsgeschäftlicher Erklärungen nahekommt. Auf der Grundlage dieser Rechtsansicht folgerichtig hat das LSG weitere für das Vorliegen eines Beschäftigungsverhältnisses erhebliche Feststellungen nicht getroffen. Das angefochtene Urteil ist deshalb mit den ihm zugrundeliegenden Feststellungen aufzuheben und die Sache zur erneuten Verhandlung und Entscheidung an das LSG zurückzuverweisen (§ 170 Abs 2 Satz 2 SGG).

Zunächst wird aufzuklären sein, ob der Kläger während des Zeitraums vom 3. Februar bis 20. September 1988, für den er einen Anspruch auf Alg geltend macht, tatsächlich beschäftigungslos war. Dies ist angesichts der Arbeitsversuche im Rahmen betrieblicher Umsetzung zweifelhaft. Ausdrücklich beziehen sich die bisherigen tatsächlichen Feststellungen des LSG nicht auf die Beschäftigungslosigkeit des Klägers, sondern seinen Krankengeldbezug. Zweifelhaft ist die Beschäftigungslosigkeit des Klägers im



geltend gemachten Zeitraum insbesondere, weil die zweite Blockfrist am 12. August 1988 begonnen hat, der Kläger aber nach den Feststellungen des LSG erst ab 21. September 1988 erneut Krankengeld bezogen hat. Im Rahmen der vorzunehmenden Gesamtwürdigung wird das LSG die Bedeutung der Erklärung der Arbeitgeberin vom 22. April 1988 zu überprüfen haben. Das Angebot einer einvernehmlichen Beendigung des Arbeitsverhältnisses an den Kläger und die nach fachkundiger Beratung abgegebene Erklärung vom 19. Februar 1991 deuten darauf hin, daß die Arbeitgeberin bei ihrer Erklärung vom 22. April 1988 die auf Sachaufklärung gerichtete Anfrage der BA mißverstanden hat. Diese Erklärung enthält möglicherweise nur die Kundgabe einer Rechtsansicht über das Bestehen des Arbeitsverhältnisses und der sich daraus ergebenden Rechtsfolgen, nicht aber des für die Feststellung der Merkmale eines Beschäftigungsverhältnisses erheblichen Verfügungswillens. Auch das Verhalten des Klägers legt Überlegungen nahe, ob die Arbeitsvertragsparteien aus "übertriebenem Sicherheitsbedürfnis" (BSGE 13, 263, 265 = SozR Nr 7 zu § 1248 RVO) oder sozialen Erwägungen davon abgesehen haben, die sich aus der Erkrankung des Klägers und den betrieblichen Anforderungen an die gesundheitliche Leistungsfähigkeit von Arbeitnehmern im Betrieb der Arbeitgeberin naheliegenden Folgerungen zu ziehen.

Sollten sich die Merkmale der Arbeitslosigkeit feststellen lassen, wird insbesondere die Verfügbarkeit des Klägers für den geltend gemachten Zeitraum zu prüfen sein. Die Verbundenheit des Klägers mit dem bisherigen Betrieb, die insbesondere in der Ablehnung des Aufhebungsvertrages, der Kündigungsschutzklage und der Klage gegen die Entscheidung der Hauptfürsorgestelle zum Ausdruck kommt, gibt zur Prüfung der Bereitschaft des Klägers Anlaß, jede iS des § 103 Abs 1 Satz 1 Nr 2 AFG zumutbare Beschäftigung anzunehmen. Nur wenn der Kläger sich der Arbeitsvermittlung mit der Bereitschaft stellt, sich auch von dem bisherigen Betrieb zu lösen, erfüllt er die Leistungsvoraussetzungen.

Bei einer erneuten Entscheidung wird das LSG auch über die Kosten des Revisionsverfahrens zu befinden haben.



JLaw – Gesetze und Urteile
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
(mobile App)



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)